

# A COISA JULGADA NO LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO UNITÁRIO

## O EXEMPLO DE AÇÕES COLETIVAS E INDIVIDUAIS NO CAMPO DA SAÚDE

ADA PELLEGRINI GRINOVER\*

Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela  
Universidade de São Paulo (1970)

Professora titular de Direito Processual Penal  
da Universidade de São Paulo

## EXCEROTOS

*“As ações coletivas, por terem objeto indivisível e porque os efeitos da sentença atuam erga omnes (embora com algumas exceções), veiculam pretensões também coletivas, relativas à tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, inserindo-se nas ideias de universalidade e igualdade de tratamento próprias do controle jurisdicional de políticas públicas, em geral, e no campo da saúde, em especial”*

*“O cotidiano dos tribunais demonstra que, no embate entre ações individuais e ações coletivas, no campo da saúde, as primeiras – pelas quais se fazem valer direitos subjetivos e que não se destinam a traçar políticas de saúde – incidem de forma volumosa sobre os recursos destinados ao acesso universal e igualitário à saúde, embora por vezes possam ter efeito benéfico sobre as políticas públicas de saúde (side effect)”*

*“Todos os esforços devem ser empreendidos na coletivização de demandas individuais, podendo ser utilizadas para tanto diversas técnicas, previstas de lege ferenda, mas perfeitamente utilizáveis pelo juiz brasileiro mesmo antes de sua introdução no ordenamento processual, em face dos amplos poderes que já lhe são atribuídos em matéria de processos coletivos (a defining function do juiz)”*

### \* Outras qualificações da autora

*Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de São Paulo (1958). Professora do Curso de Mestrado e Doutorado da USP e do Curso de Mestrado da FDV. Coordenadora dos Cursos Pós-graduação “lato sensu” da Rede LFG (cursos pela TV on line e pela Internet). Diretora dos Cursos de Extensão da Escola Paulista de Direito. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Vice-Presidente da International Association of Procedural Law e do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Doutora Honoris Causa pela Universidade de Milão, Itália. Agraciada com o prêmio da Fundação Redenti (Bolonha, Itália) em 2007. Titular do escritório – Escritório de Advocacia APG Empreendimentos Jurídicos. 2008: homenagem da USP por ter defendido a primeira tese oficial de doutorado na Faculdade de Direito. 1988: Prêmio Woman of the year for Brazil do American Biographical Institute.*

## 1. A universalidade do direito à saúde

A partir da Constituição de 1988, o direito à saúde assumiu no Brasil clara característica universal. Acompanhando os ideais e as diretrizes da OMS, a instituição do Sistema Único de Saúde garante a todos, independentemente de qualquer contribuição, o acesso à saúde, o que significa, também, que o maior número possível de pessoas possa se valer das benesses da estrutura estatal de saúde com o mesmo dispêndio de recursos.

A universalidade traz ínsita em si a ideia de igualdade: as políticas públicas de saúde devem beneficiar a todos os que se encontram na mesma situação, sobretudo de fato, de maneira idêntica. Daí o surgimento da complexa estrutura estatal – abrangendo os três níveis do Estado federal brasileiro – destinada a propiciar o acesso universal e igualitário à saúde.

No entanto, a universalidade e o acesso igualitário à saúde pública brasileira, generosamente previstos na Constituição, constituem um plano ambicioso e difícil de cumprir, seja por conta da escassez de recursos, seja por conta de políticas mal conduzidas que abrem espaço para a omissão. O Judiciário, então, é chamado a agir.

## 2. Os protagonistas das políticas públicas

As políticas públicas, em geral, e a de saúde, em particular, têm hoje como protagonistas os três poderes do Estado: o Legislativo, por intermédio de leis que fixam a política pública; o Executivo, incumbido de programas e ações que a implementam; e o Judiciário, que exerce o controle sobre a atuação do Legislativo e do Executivo. Aliás, já escrevemos que a *judicial review*, no campo das políticas públicas, nada mais representa do que um controle de constitucionalidade, no sentido de verificar se a política pública é adequada aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, fixados no art. 3º da Constituição, e aos direitos fundamentais prestacionais enumerados no art. 6º, implementando-a em caso de omissão ou corrigindo-a em caso de inadequação.

## 3. O direito subjetivo à saúde

Os direitos fundamentais prestacionais, entretanto, não podem ser usufruídos exclusivamente no plano coletivo. A cada indivíduo também é assegurado o acesso ao Judiciário para fazer valer seu direito subjetivo à

saúde. O princípio do acesso à Justiça, insculpido no inc. XXXV do art. 5º da Constituição, assegura-o quer ao indivíduo, quer à coletividade. Nada impede, portanto, que o indivíduo peça ao Judiciário, em ações individuais, o fornecimento de um medicamento, uma internação hospitalar, uma cirurgia no exterior. E é justamente por isso que, em todos os campos, mas mais exacerbadamente no da saúde, podem ser encontrados diversos tipos de ações, que chamaremos coletivas, individuais, individuais com efeitos coletivos e pseudoindividuais.

#### **4. Ações coletivas, individuais, individuais com efeitos coletivos e pseudoindividuais**

As ações coletivas, por terem objeto indivisível e porque os efeitos da sentença atuam *erga omnes* (embora com algumas exceções), veiculam pretensões também coletivas, relativas à tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, inserindo-se nas ideias de universalidade e igualdade de tratamento próprias do controle jurisdicional de políticas públicas, em geral, e no campo da saúde, em especial.

Exemplo típico deste caso é o pedido que se formule em ação civil pública para que a Anvisa aprove um novo medicamento e o SUS passe a distribuí-lo gratuitamente; ou para que cláusulas contratuais de um determinado plano de saúde sejam alteradas. Aqui, a sentença favorável beneficiará a todos.

No outro extremo, encontramos as ações tipicamente individuais, em que a pretensão também é individual, veiculando um direito subjetivo. São os exemplos dados no inciso 3 deste estudo, em que se pede o fornecimento de um medicamento, a internação hospitalar, a cirurgia no exterior. Aqui, os efeitos da sentença só colherão as partes, não prejudicando nem beneficiando terceiros.

Mas existe também um plano intermediário, em que a ação é ajuizada como sendo individual, mas na verdade, em função do pedido, os efeitos da sentença podem acabar atingindo a coletividade.

Assim, se um indivíduo, invocando seu direito subjetivo, afirma ter direito a uma prótese importada, que está excluída do seu plano de saúde, pedindo a revisão de uma cláusula contratual, de duas uma: ou o juiz só determina que a prótese lhe seja fornecida, e estará tratando a ação como individual; ou determina que a cláusula contratual seja revista, para beneficiar a todos, tratando o pedido individual como tendo efeitos coletivos. Neste segundo caso, teremos uma ação individual com efeitos coletivos.

E há ainda uma outra hipótese, de ações que denominamos pseudoindividuais, porque o pedido, embora baseado num direito subjetivo, na verdade só pode beneficiar a todos. Trata-se de casos em que a relação de direito material, jurídica ou de fato, é unitária, e só pode ser resolvida de maneira igual para todos. Se se tratasse de litisconsórcio, estaríamos perante o litisconsórcio unitário, de natureza facultativa.

Clássico é o exemplo, no processo individual, do pedido de anulação de assembleia, em que qualquer acionista pode ajuizar a demanda; mas, tratando-se de relação jurídica de direito material unitária, a assembleia será anulada para todos ou validada para todos. Neste caso, entendemos que a coisa julgada deve atuar *erga omnes* (como já sustentava Chiovenda, seguido por Barbosa

Moreira), seja em caso de procedência ou de improcedência, e isto em função da unitariedade da relação de direito material. Talvez se possa invocar aqui uma nova espécie de substituição processual, em que o autor é substituto processual em relação a todos os demais acionistas.

No campo da saúde, o exemplo de ação pseudoindividual é aquela em que o autor, invocando o direito a um remédio que não é distribuído pelo SUS, pede que passe ele a integrar a lista de medicamentos acessíveis gratuitamente. Aqui, o pedido é só pseudoindividual, porque seu acolhimento beneficiará necessariamente a todos e o tratamento dado à ação não poderá ser o de uma ação individual, mas deverá necessariamente ser o de uma ação coletiva, com coisa julgada *erga omnes*.

O esforço do Judiciário deve ser no sentido de converter ações individuais em ações coletivas para o atendimento não apenas de um indivíduo mas de todos

## 5. Coletivização das ações individuais

Quando o Judiciário é chamado a agir, em matéria de políticas públicas, deve fazê-lo esforçando-se ao máximo para cumprir o desenho constitucional, que exige um acesso à saúde pública universal e igualitário.

Claro que não pode furtar-se a dar resposta às pretensões individuais, baseadas em direitos subjetivos, veiculadas por ações meramente individuais. Mas, nesse caso, deve ter bem presente os efeitos que sua decisão acarretará para a política pública de saúde, que ficará depauperada de recursos destinados a todos e quebrará o princípio de igualdade de acesso à saúde. Somente aquele

que chegar ao Judiciário será beneficiado, prejudicando todos os demais, que se encontram na mesma situação e que não buscaram a proteção judicial de seu direito subjetivo. Antes de decidir, o juiz deverá estar assessorado por especialistas isentos, que o orientem a respeito da real necessidade de acesso a um medicamento – que pode ter seu similar na lista do SUS –, da preferência na obtenção de uma internação, numa viagem ao exterior em busca de um tratamento de efeitos ainda duvidosos. A chamada “justiça de misericórdia” não pode ser distribuída ao léu, sem qualquer embasamento em fatos concretos e bem analisados. Isto porque as ações individuais incidem diretamente sobre a política pública de saúde, universal e igualitária, retirando recursos a ela destinados, embora se reconheça que por vezes a reiteração de diversas ações individuais – por exemplo, para obter um medicamento ainda não distribuído pelo SUS – possa ter efeitos positivos sobre a política pública, que passa a contemplá-lo (como aconteceu com o coquetel para tratamento da AID e com medicamento mais adequado e com menores efeitos colaterais para os diabéticos).

O maior esforço do Judiciário, porém, deve ser no sentido de converter, sempre que possível, ações individuais em ações coletivas, para atendimento não apenas de um indivíduo mas de todos, em observância ao princípio da universalidade e igualdade no acesso à saúde.

Para tanto, duas técnicas, não excludentes, podem ser utilizadas: havendo diversas ações individuais versando sobre o mesmo direito individual homogêneo, o juiz deverá notificar os legitimados às ações coletivas (principalmente MP, defensoria e associações) para ajuizarem ação coletiva na qual os autores individuais poderão atuar como assistentes litisconsorciais. Ou, mais radicalmente ainda, converter *ex officio* uma ação individual em ação coletiva quando se trate de ação individual com efeitos coletivos ou, com maior razão ainda, de ação pseudoindividual (ver *supra*, n. 4). No caso de conversão, evidentemente o contraditório será reaberto e os autores das ações individuais necessariamente figurarão na demanda como assistentes litisconsorciais. E a coisa julgada atuará necessariamente *erga omnes* “pro et contra”, por se tratar de pretensões indivisíveis, unitárias no plano do direito material. Trata-se da melhor solução dada modernamente para os casos de litisconsórcio facultativo unitário, como no caso de anulação ou convalidação de assembleia societária.

Outro ponto a ser observado é a preferência de tramitação da ação coletiva em relação às individuais, bem como a suspensão destas enquanto tramita a ação coletiva.

As referidas técnicas de coletivização estão previstas tanto no anteprojeto de lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas, ainda em debate antes de sua apresentação ao Congresso Nacional, quanto no substitutivo ao projeto de CPC aprovado no Senado, apresentado pelo relator Paulo Teixeira na Câmara dos Deputados. Mas entendemos que podem ser imediatamente aplicadas, em face dos poderes especiais atribuídos ao juiz nas demandas coletivas.

## 6. Conclusões

O cotidiano dos tribunais demonstra que, no embate entre ações individuais e ações coletivas, no campo da saúde, as primeiras – pelas quais se fazem valer direitos subjetivos e que não se destinam a traçar políticas de saúde – incidem de forma volumosa sobre os recursos destinados ao acesso universal e igualitário à saúde, embora por vezes possam ter efeito benéfico sobre as políticas públicas de saúde (*side effect*).

O instrumento adequado para o controle jurisdicional de políticas públicas em geral, e de saúde em particular, é constituído pelas ações coletivas, de objeto indivisível tanto quanto o é a política pública, em face de sua característica de universalidade.

Maiores cuidados tem que tomar o juiz, ao atender ao pedido individual de proteção ao direito subjetivo à saúde, não podendo distribuir uma “justiça de misericórdia” divorciada da análise ponderada dos fatos e do pleno conhecimento dos reflexos de sua decisão sobre a política pública universal e igualitária. Para tanto, não pode decidir sem ser assessorado por especialistas isentos.

Todos os esforços devem ser empreendidos na coletivização de demandas individuais, podendo ser utilizadas para tanto diversas técnicas, previstas *de lege ferenda*, mas perfeitamente utilizáveis pelo juiz brasileiro mesmo antes de sua introdução no ordenamento processual, em face dos amplos poderes que já lhe são atribuídos em matéria de processos coletivos (a *defining function* do juiz). Eis aqui a grande novidade do CPC: transformar coisas julgadas individuais em coisa julgada coletiva. Melhor fora se o CPC tivesse dado o mesmo tratamento ao litisconsórcio facultativo unitário, a que infelizmente pouco se dedicou. E melhor ainda se tivesse inovado no instituto da substituição processual, pela qual se pode facilmente superar o problema da extensão da coisa julgada aos substituídos, titulares da mesma relação material unitária.